

ZH_OBERGERICHT LC110063 vom 21. Oktober 2011

ZH Obergericht, 2011-10-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC110063

FR: ZH_OBERGERICHT LC110063 du 21 octobre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LC110063 del 21 ottobre 2011

Erwägungen

E. 1

Die Rückweisung versetzt das Berufungsverfahren in den Stand vor dem Erlass des aufgehobenen Beschlusses zurück. Das Berufungsverfahren war damals vollständig durchgeführt. Es kann daher sogleich der Endentscheid gefällt werden, und zwar unter Anwendung der im Zeitpunkt des Entscheides vom 1. Juli 2010 massgeblichen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie der Art. 135 - 149 aZGB.

E. 2

Bei einer Rückweisung ist die untere Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt (§ 104a GVG/ZH). Dies gilt sowohl hinsichtlich des anzuwendenden materiellen Rechts als auch bezüglich einer Ergänzung oder Wiederholung des Verfahrens, nicht aber hinsichtlich tatsächlicher Feststellungen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 4 zu § 291 ZPO/ZH). In der Regel äussert sich die Rückweisungsinstanz darüber, wie zu entscheiden ist, wenn die beanstandete Erwägung aufgehoben wird. Die obere Instanz bestimmt sodann

- 7 - den Umfang der Rückweisung und sie sagt in der Regel auch einerseits positiv, was aufgehoben wird und worüber die untere Instanz neu urteilen muss, und andererseits negativ, was vom angefochtenen Entscheid bestehen bleibt und worauf die untere Instanz bei ihrer Neuurteilung nicht zurückkommen darf (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N 30 zu § 104a GVG/ZH). Sind die Anordnungen unklar, sind sie nach bestem Wissen und Gewissen auszulegen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 zu § 104a GVG/ZH).

E. 3

a) Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers an das Kassationsgericht des Kantons Zürich richtete sich ausdrücklich gegen Disp. Ziff. 2 des Beschlusses der Kammer vom 1. Juli 2010. Nicht angefochten war Disp. Ziff. 1 des Entscheides, mit welchem die Teilrechtskraft des erstinstanzlichen Entscheides festgestellt wurde (vgl. Urk. 34 1 S. 2). Trotzdem hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit seinem Entscheid vom 21. Juli 2011 den Beschluss des Obergerichtes vom 1. Juli 2010 gänzlich auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (Urk. 35 S. 13, Disp. Ziff. 1). In den Erwägungen des Entscheides findet sich indes kein Hinweis zu den Erwägungen der Kammer zur Teilrechtskraft (vgl. Urk. 35). Damit sind die entsprechenden Erwägungen gemäss Entscheid vom 1. Juli 2010 ohne Weiteres zu übernehmen und es ist erneut die Teilrechtskraft vorzumerken (Urk. 30 S. 6): "Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz mit ihrem Urteil vom 23. Dezember 2009 das Begehren des Klägers um Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge abgewiesen (Urk. 17 Disp. Ziff. 2).

Die Beklagte beantragte zwar mit der Berufungsbegründung die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 22 S. 2), doch geht aus der Berufungsbegründung hervor, dass sie insoweit als das Begehren betreffend Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge abgewiesen wurde, das angefochtene Urteil im Ergebnis nicht in Frage stellen will. Sie beantragte denn auch, es sei auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 22 S. 2), wobei sie geltend machte, dass die Voraussetzungen von Art. 129 ZGB für eine Abänderung des Scheidungsurteils nicht gegeben seien (Urk. 22 S. 4 und 6 sowie Urk. 27 S. 1 f.). Der Kläger hat seinerseits das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Dezember 2009 nicht angefochten, sondern lediglich die Abweisung der Berufung der

- 8 - Beklagten beantragt (Urk. 24 S. 2). Damit ist das Urteil der Vorinstanz jedoch insoweit als das Begehren um Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge abgewiesen wurde, mit dem 30. März 2010 (Datum des Eingangs der Berufungsantwort und damit Verzicht auf eine Anschlussberufung) in Rechtskraft erwachsen. Dies gilt ebenso für das Begehren um Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich, soweit diesem Antrag nicht entsprochen wurde. Dies ist vorzumerken." b) Umstritten sind damit im Berufungsverfahren nurmehr die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich. Damit ist darüber zu befinden, ob die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte persönlich für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis und mit April 2010 aufzuheben und für die Zeit von Mai 2010 bis Januar 2013 auf Fr. 650.– herabzusetzen sind. Nicht in Frage gestellt wurde mit der vom Kläger eingereichten Klage die Unterhaltspflicht von monatlich Fr. 500.– ab Februar 2013 bis zum Eintritt des AHV-Alters der Beklagten. Dass die Vorinstanz gestützt auf die auch im Abänderungsverfahren anwendbaren Bestimmungen von Art. 137 Abs. 2 aZGB die vorläufige Aufhebung bzw. Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge an die Beklagte persönlich verfügt hat, und dass diese vorsorglichen Massnahmen – wie erwähnt – unangefochten geblieben sind, bleibt ohne Bedeutung. Erst mit dem Abänderungsurteil selbst wird definitiv darüber befunden, ob die Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab Einreichung der Abänderungsklage herabgesetzt werden oder nicht. Die angeordneten vorsorglichen Massnahmen bewirken bloss eine provisorische Regelung (BGer vom 22. März 2005, 5P.414/2004 E. 1). Da eine provisorische Herabsetzung für die unterhaltsberechtigte Partei auch bei einer nachträglichen Abweisung der Abänderungsklage mit Nachteilen verbunden ist, weil sie in diesem Fall zumindest vorübergehend nicht über die Beiträge verfügen konnte, war der entsprechende Entscheid – wie alle erstinstanzlichen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen – anfechtbar. Die Vorinstanz hat denn auch zu Recht auf die (nicht ergriffene) Möglichkeit der Anfechtung des Entscheides mittels Rekurs hingewiesen. Zu Handen der Beklagten (vgl. die Vorbringen in Urk. 22 S. 3 Ziff. 5) ist schliesslich festzuhalten, dass die Vorinstanz mit Bezug auf ihre Entscheide zur beantragten unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht auf keine

- 9 - Rechtsmittelmöglichkeiten hingewiesen hat. Die Parteien sind diesbezüglich nicht beschwert.

E. 4

a) Wesentlich ist weiter, dass über persönliche Unterhaltsbeiträge für einen Ehegatten unter der Herrschaft der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime zu entscheiden ist (§ 54 ZPO/ZH). Die Dispositionsmaxime bedeutet, dass der Richter auch im Rechtsmittelverfahren an die Parteianträge gebunden ist (Frank/ Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 22 zu § 54 ZPO/ZH). Nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen hat der Kläger sodann nachzuweisen, dass sich seine

wirtschaftlichen Verhältnisse dauernd und erheblich verändert haben, während die Beklagte alle von ihr behaupteten, gegen eine Reduktion der Unterhaltspflicht sprechenden Tatsachen nachzuweisen hat. b) Sodann ist zu beachten, dass die hier noch anzuwendende Zivilprozessordnung des Kantons Zürich zwingend vorsieht, dass über erhebliche streitige Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Bevor den Parteien nicht ermöglicht wurde, ihre Beweismittel zu nennen, war es daher nicht zulässig, aufgrund einer Würdigung bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel behauptete Streitige Tatsachen als erwiesen oder als unbeweisbar zu erachten und aus diesem Grund auf die Durchführung eines Beweisverfahrens zu verzichten. Eine abschliessende Beweiswürdigung im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung war frühestens dann möglich, wenn die Parteien ihre Haupt- und Gegenbeweismittel genannt haben (ZR 95 Nr. 73 mit Hinweisen). c) Gemäss Art. 138 Abs. 1 aZGB und § 267 Abs. 1 ZPO/ZH können in der oberen kantonalen Instanz mit der Berufungsbegründung neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden. Die Modalitäten des Rechtsmittelverfahrens richten sich allerdings nach kantonalem Recht. Dazu gehört auch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt innerhalb des Rechtsmittelverfahrens neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden können (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 21 zu Art. 138 aZGB und FamKomm Scheidung/Leuenberger, N 6 zu Art. 138 aZGB). § 267 Abs. 2 ZPO/ZH sah vor, dass in Prozessen über Ehescheidung "in der Begründung und Beantwortung von Berufung und Anschlussberufung uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptun-

- 10 - gen, Bestreitungen und Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet" werden können. In späteren Parteivorbringen und damit insbesondere auch in Replik und Duplik anlässlich der Berufungsverhandlung können dagegen nur noch echte Noven vorgebracht werden, die gemäss § 115 ZPO/ZH in jedem Stadium des Verfahrens zuzulassen sind. II. 1. Bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse seit der rechtskräftigen Festsetzung der Unterhaltsbeiträge kann eine gestützt auf Art. 125 ZGB zugesprochene Rente herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Grundvoraussetzung ist eine nach dem Scheidungsurteil eingetretene Veränderung der Verhältnisse zumindest einer Partei. Die Veränderung kann in einer Verschlechterung der Verhältnisse der verpflichteten Partei oder in einer Verbesserung der Verhältnisse der berechtigten Person liegen. Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur das Erwerbseinkommen, sondern die gesamte wirtschaftliche Situation (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 12 f. zu Art. 129 ZGB). Für die Beurteilung einer Veränderung ist auf die im Urteil für den Scheidungszeitpunkt festgestellten wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen (FamKomm Scheidung/Schwenzer, N 6 zu Art. 129 ZGB). 2. Die Kammer hat in ihrem Entscheid vom 1. Juli 2010 geprüft, von welchen Verhältnissen auszugehen sei und welche finanziellen Verhältnisse nach der vom Kläger behaupteten und zu beweisenden Auflösung des Konkubinates massgeblich seien (Urk. 30 S. 9 ff.). Mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht hat der Kläger lediglich zwei Punkte der entsprechenden Erwägungen beanstandet (Urk. 43/1 S. 2 Antrag Ziff. 1), nämlich die Frage des frühesten Zeitpunkts der Anrechnung der vollen Miete beim Kläger nach Auszug der Konkubinatspartnerin (Urk. 34/1 S. 3-5) sowie den Zuschlag für auswärtige Verpflegung (Urk. 34/1 S. 5-7). Mit dem Beschluss vom 21. Juli 2011 hat das Kassationsgericht festgehalten, dass mit den Erwägungen, wonach bei Nachweis der Auflösung des Konkubinats der volle Mietzins zufolge der im gemeinsamen Mietvertrag vorgesehenen dreimonatigen Kündigungsfrist erst ab Dezember 2009 anzurechnen sei, da die Kündigung frühestens am

27. August 2009 erfolgt sei, eine Verletzung der

- 11 - Verhandlungsmaxime erfolgt sei und deshalb der Beschluss der Kammer aufgehoben werden müsse (Urk. 35 S. 9 f.). Die im Zusammenhang mit der Position "auswärtige Verpflegung" erhobene Willkürklage wurde dagegen als zu Unrecht erhoben erachtet (Urk. 35 S. 10-12). Damit kann mit dem vorliegenden Entscheid - unter Ausklammerung der Erwägungen zum anrechenbaren Mietzins, auf welche abschliessend einzugehen sein wird - vorweg auf die Erwägungen gemäss Beschluss vom 1. Juli 2010 verwiesen werden (Urk. 30 S. 9 ff.): "a) Nachdem der Kläger seine Klage damit begründet, dass sein Bedarf - nach Wegfall des Konkubinates - als nunmehr Alleinstehender neu zu berechnen sei, sind lediglich seine wirtschaftlichen Verhältnisse von Interesse. Grundlage für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Vereinbarung der Parteien bildete ein Erwerbseinkommen des Klägers (exkl. allfälliger Anteil Bonus, zuzüglich Kinderzulagen und Ausbildungszulagen) von monatlich netto Fr. 5'983.20 und ein Notbedarf von Fr. 2'839.60 (Urk. 5/51 S. 3 f.). Gemäss dem bei den Akten befindlichen, indes nicht im Aktenverzeichnis des Scheidungsprozesses aufgeführten Berechnungsblatt setzte sich dieser Bedarf wie folgt zusammen (= Urk. 8/7): Grundbetrag (hälftiger Betrag für zwei in dauernder Haushaltgemeinschaft lebende Personen): Fr. 775.- Mietzins (hälftiger Anteil): Fr. 1'159.50 Elektrisch/Gas: Fr. 30.- Krankenkasse KVG: Fr. 151.10 Telefon: Fr. 100.- Radio/TV: Fr. 19.- Hausratversicherung: Fr. 30.- Fahrkosten Auto: Fr. 200.- Verpflegung: Fr. 300.- Arztkosten Selbstbehalt: Fr. 75.- Total: Fr. 2'839.60

- 12 - b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Auszug der Konkubinatspartnerin des Klägers aus der gemeinsamen Wohnung ausgewiesen sei. Da der Kläger neu sämtliche Kosten der Wohnung zu tragen habe (und damit auch der Grundbetrag anzupassen ist), sei eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse gegenüber denjenigen im Scheidungszeitpunkt ohne weiteres zu bejahen. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Konkubinatspartnerin des Klägers in die ehemals gemeinsame Wohnung zurückziehen oder der Kläger mit einer neuen Partnerin zusammenziehen werde, sei die Veränderung von Dauer. Diese Veränderung sei nicht voraussehbar gewesen (Urk. 17 S. 5 f.). Die Vorinstanz ermittelte in der Folge einen Bedarf des Klägers für die Zeit von Oktober 2009 bis April 2010 von Fr. 4'212.- und ab Mai 2010 von Fr. 3'523.- und stellte diesen Bedarfswerten das heutige Einkommen von Fr. 5'994.- gegenüber. Unter Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder C. _____ und D. _____ stellte die Vorinstanz fest, dass der Kläger damit bis April 2010 nicht mehr in der Lage sei, für die Beklagte persönlich Unterhaltsbeiträge zu leisten, ab Mai 2010 sei der Kläger aufgrund des ihm ab diesem Zeitpunkt anzurechnenden tieferen Mietzinses aber in der Lage, der Beklagten persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 650.- zu zahlen (Urk. 17 S. 5 ff.). c) Mit der Berufung machte die Beklagte vorab geltend, es sei auf die Abänderungsklage gar nicht einzutreten, da der Kläger mit der von ihm bereits am 29. September 2009 eingereichten Klage eine Abänderung ab dem 1. Oktober 2009 beantrage und damit veränderte Verhältnisse geltend gemacht habe, die erst nach Einleitung der Klage eintreten würden. Es sei indes eine unabdingbare Voraussetzung eines Abänderungsverfahrens, dass sich die Abänderungsgründe bereits vor der Einleitung des Verfahrens verwirklicht haben (Urk. 22 S. 5 f.). Liegen bei Klageeinleitung noch keine veränderten Verhältnisse vor, so könne keine Anpassung erfolgen; eine Abänderung wirke ja auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung zurück und sei deshalb nur möglich, wenn die Veränderungen im Zeitpunkt der Klageeinleitung schon dauerhaft seien (Urk. 27 S. 1).

Verhältnisse, die sich erst im Laufe des Prozesses verändern, könnten nicht zu einer Abänderung führen. Am 29. September 2009 seien noch keine veränderten Verhältnisse vorgele-

- 13 - gen, die Konkubinatspartnerin sei erst vor dem Auszug aus der Wohnung gestanden (Urk. 27 S. 2). Dies trifft indes so nicht zu. Zwar muss die Veränderung erheblich und von Dauer sein, doch setzt ein Abänderungsverfahren eine Klage voraus, deren Auswirkungen nur für die Zukunft greifen. Eine rückwirkende Aufhebung einer Zahlungspflicht für die Zeit zwischen Scheidungsurteil und Anhängigmachung der Abänderungsklage kann nicht verlangt werden (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 153 aZGB). Damit ist jedoch ein Unterhaltspflichtiger unter Umständen gezwungen, im Hinblick auf eine nach seiner Auffassung dauernde und erhebliche Veränderung der Verhältnisse möglichst rasch Klage zu erheben. Ob die behauptete Veränderung erheblich und von Dauer ist, ist alsdann im fraglichen Verfahren zu prüfen. Zuzustimmen ist der Beklagten allerdings darin, dass bloss vorübergehende Veränderungen nicht zu einer Abänderung eines Scheidungsurteils berechtigen. Die Dauerhaftigkeit einer Veränderung ist indes aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen. Die Auflösung eines Konkubinates und der damit verbundene Wegfall der bisherigen Kostenbeteiligung sowie die damit einhergehende Veränderung des Grundbetrages können jedoch durchaus eine dauerhafte Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse bewirken. Auf die Klage ist daher einzutreten, zumal die Frage, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Abänderung gegeben sind oder nicht, ohnehin durch einen Sachentscheid, d.h. bei Fehlen der Voraussetzungen für eine Abänderung durch Abweisung der Klage und nicht durch einen Nichteintretensentscheid zu erledigen ist. Ob erheblich und dauerhaft veränderte Verhältnisse gegeben sind, beurteilt sich schliesslich nach der Tatbestandfeststellung und der Prognose im Scheidungsurteil einerseits und den derzeitigen sowie den für die absehbare Zukunft gegebenen Verhältnissen andererseits. Ein ungewisser, bloss hypothetischer künftiger Sachverhalt ist kein Abänderungsgrund. Dagegen können konkrete Anhaltspunkte für das bevorstehende Eintreten veränderter Verhältnisse – wie hier die Auflösung des Konkubinates – und das Interesse des Klägers an einer Klärung der Rechtslage unter Umständen eine Urteilsabänderung rechtfertigen (BGE 120 II 292). Entscheidend sind schliesslich die im Zeitpunkt der Beurteilung und nicht der Klageeinleitung bestehenden Verhältnisse. Dem Entscheid ist der Sachverhalt zu-

- 14 - gründe zu legen, wie er im Zeitpunkt der Urteilsfällung besteht (§ 188 Abs. 1 ZPO). Für eine Klagegutheissung würde es daher genügen, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen noch vor der Urteilsfällung eingetreten sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 188 ZPO). d) Entgegen der mit der Berufungsreplik konkret vorgetragenen Behauptung, dass die Auflösung des Konkubinats vorhersehbar gewesen sei und als Abänderungsgrund nicht in Betracht komme (Urk. 27 S. 2 Ziff. 3 unter Hinweis auf Urk. 22 Ziff. 8 und 12), ist hiezu festzuhalten, dass die Vereinbarung der Parteien vom 25. Februar 2009 – wie aus der bereits erwähnten Berechnungstabelle (Urk. 8/7) klar hervorgeht – auf einem Konkubinat und den entsprechend aufgeteilten Kosten basiert. Diese Berechnung erging, nachdem seitens des Klägers zuvor noch von einer instabilen Situation gesprochen und ein höherer Grundbetrag und höhere Bedarfskosten geltend gemacht worden waren (Urk. 5/26 S. 5 f.). Unter diesen Vorgaben stellt daher die Auflösung des Konkubinats grundsätzlich einen Abänderungsgrund dar. e) aa) Bereits mit der Klageantwort hatte die Beklagte sinngemäss die Aufhebung des Konkubinats bestritten (Urk. 9 S. 4 f.). Mit der Berufungsbegründung hat sie nun ihre entsprechenden Bestreitungen verdeutlicht und klar

festgehalten, es sei nicht nachgewiesen, dass der Kläger nicht mehr im Konkubinat lebe. Die Beklagte hat hierfür auch Beweise offeriert (Urk. 22 S. 6 Ziff. 12 und 13). Der Kläger beruft sich für den Beweis der Beendigung des Konkubinats auf den von ihm eingereichten (separaten) Mietvertrag seiner bisherigen Freundin (Urk. 3/4) und ein Abmeldeformular. Letzteres wurde indes nicht eingereicht, jedoch eine Bestätigung der am 1. Oktober 2010 erfolgten Neuanmeldung in F._____ (Urk. 8/6). Zwar bilden der eingereichte Mietvertrag und die Anmeldung in F._____ ein starkes Indiz für die Auflösung des Konkubinats, doch ein zweifelsfreier Nachweis ist damit angesichts der Bestreitungen der Beklagten nicht erbracht. Es wird deshalb hierüber Beweis abzunehmen sein. bb) Soweit die Beklagte die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers bestreitet (Urk. 22 S. 7 f.), ist festzuhalten, dass – bei einem Nachweis der Auflösung des Konkubinats – statt dem bisher angerechneten

- 15 - ten hälftigen Betrag für zwei in dauernder Haushaltgemeinschaft lebende Personen (Fr. 775.–) neu von einem Grundbetrag von Fr. 1'200.– auszugehen wäre. Dies ergibt sich ohne weiteres, da der Kläger ab diesem Zeitpunkt alleine lebte. (.....) = weggelassene Erwägungen zum Mietzins cc) Die Beklagte hatte schon im erstinstanzlichen Verfahren bestritten, dass der Kläger heute noch auf ein Auto angewiesen sei (Urk. 9 S. 4 und Prot. I S. 3). Da im Hinblick auf eine allfällige Abänderung auch die bisherigen Positionen im Bedarf in Frage gestellt werden können, ist dieser Einwand zu prüfen, zumal die Beklagte mit der Berufungsbegründung und der Replik daran festhält, dass der Kläger nicht auf ein Auto angewiesen sei bzw. dass die entsprechenden Kosten vom Arbeitgeber übernommen werden müssten (Urk. 22 S. 8 f.). Sowohl erstere Behauptung als auch letztere Einwendung ist zu prüfen, hat doch grundsätzlich der Arbeitgeber die Kosten für ein Motorfahrzeug zu übernehmen, wenn der Arbeitnehmer für die Erfüllung seiner Tätigkeit hierauf angewiesen ist (Art. 327b Abs. 1 OR i.V. mit Art. 362 OR). Allerdings wird zumindest der vom Kläger für öffentliche Verkehrsmittel geltend gemachte Betrag von Fr. 127.– pro Monat (Prot. II S. 4) zu berücksichtigen sein, wovon auch die Beklagte ausgeht (Urk. 27 S. 4 Ziff. 7). Umstritten sind damit unter dem Titel Fahrt zur Arbeit bloss die Autokosten. dd) Die Beklagte hatte im erstinstanzlichen Verfahren auch den bisher im Bedarf des Klägers aufgeführten Betrag von Fr. 300.– für auswärtige Verpflegung bestritten und geltend gemacht, dass Lunchchecks abgegeben würden und Verpflegungsmöglichkeiten am G._____ bestünden (Prot. I S. 4). Sinn gemäss machte die Beklagte damit geltend, es seien keine Mehrkosten für auswärtige Verpflegung mehr zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hat denn auch den bisher berücksichtigten Betrag auf Fr. 200.– pro Monat reduziert. Im Berufungsverfahren hielt die Beklagte jedoch daran fest, dass der Kläger verbilligte Mahlzeiten beziehen könne, weshalb keine Mehrkosten zu berücksichtigen seien (Urk. 22 S. 9 Ziff. 21). Dies wird vom Kläger mit dem Hinweis, dass das G._____ keine Lunchchecks abgebe, bestritten (Urk. 24 S. 9). Mit der Replik hielt die Beklagte

- 16 - fest, dass im Grundbetrag Fr. 10.– für Mittagessen enthalten seien (Urk. 27 S. 4 f.), was seitens des Klägers unbestritten blieb. Er machte allerdings unter Hinweis auf die effektiven Kosten tägliche Auslagen von Fr. 15.– bis Fr. 18.– geltend (Prot. II S. 4 f.), worauf die Beklagte entgegen liess, es könne auch Wasser zum Menu von Fr. 8.70 getrunken werden, womit (sinngemäss) keine Mehrkosten anfielen. Es ist jedoch aufgrund der Belege des Klägers (Urk. 29/1) von täglichen Mehrkosten von Fr. 5.– auszugehen, was unter dem Titel auswärtige Verpflegungskosten einen monatlichen Betrag von Fr. 100.– rechtfertigt. Ein Beweisverfahren erübrigt sich in diesem Punkt. ee) Sodann rügte die

Beklagte – wie bereits vor Vorinstanz (Prot. I S. 4) – die weitere Berücksichtigung von Fr. 75.– Gesundheitskosten (Arztkosten Selbstbehalt). Sie machte geltend, solche seien nicht mehr nachgewiesen (Urk. 22 S. 9 Ziff. 22). Der Kläger reichte hiezu die im Scheidungsverfahren eingelegten Belege für die Jahre 2007 und 2008 wiederum ein (Urk. 24 S. 9, Urk. 25/1-3). Mit der Duplik machte er sodann unter Hinweis auf den von ihm eingereichten Beleg monatliche Medikamentenkosten von Fr. 62.– geltend, was zusammen mit den Auslagen für den Zahnarzt die weitere Berücksichtigung von monatlichen Arztkosten von Fr. 75.– rechtfertige (Prot. II S. 5 und Urk. 29/2). Dies wurde nicht mehr weiter in Frage gestellt (Prot. II S. 5), weshalb der geltend gemachte Betrag weiterhin zu berücksichtigen ist. ff) Im Scheidungsverfahren gingen die Parteien von einem monatlichen Nettoerwerbseinkommen des Klägers von Fr. 5'983.20 aus. Ein Nebenerwerbseinkommen bei der H. _____ GmbH oder dem H. _____ wurde nicht berücksichtigt, nachdem der Kläger erklärt hatte, er sei nicht mehr entsprechend erwerbstätig (Berechnungsblatt in Akten Scheidungsverfahren = Urk. 8/7 und Prot. Scheidungsverfahren S. 37). Im erstinstanzlichen Verfahren behauptete die Beklagte, dass der Kläger mit einem "H. _____" ein zusätzliches Einkommen erziele und sie berief sich auf verschiedene Urkunden (Urk. 9 S. 4 Ziff. 14). Die Vorinstanz ging indes allein vom belegten Erwerbseinkommen des Klägers von netto Fr. 5'994.– pro Monat (inkl. Anteil 13. Monatslohn) aus und nahm an, dass "rechtsgenügende Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger einen Nebenverdienst

- 17 - erziele" fehlen würden (Urk. 17 S. 6). Eine derartige Folgerung ist indes nicht zulässig, solange die Beklagte nicht die Möglichkeit hatte, für ihre Behauptungen (abschliessend) ihre Beweismittel zu bezeichnen. Sie hält denn auch mit der Berufungsbegründung daran fest, dass der Kläger mit dem "H. _____" ein erhebliches zusätzliches Einkommen erziele und sie beruft sich auf weitere Beweismittel (Urk. 22 S. 8 Ziff. 18 und 19). Ebenso mit der Berufungsreplik, wobei sie festhielt, dass ihre Abklärungen ergeben hätten, dass der Kläger weiter für den H. _____ arbeite und damit Geld verdiene (Urk. 27 S. 2 ff.). Auch wenn der Kläger mit der Berufungsantwort ausführte, es sei nicht einzusehen, was die Beklagte mit den genannten Zeugen nachweisen wolle (Urk. 24 S. 6), bleibt der Anspruch der Beklagten auf Abklärung ihrer Behauptungen in einem Beweisverfahren bestehen. Entgegen der Darstellung des Klägers in der Duplik, ändert daran auch nichts, dass der Scheidungsrichter darauf hingewiesen habe, ein Einkommen über einer 100%-Tätigkeit dürfe nicht berücksichtigt werden (Prot. II S. 4). Ständig erzielte Nebenerwerbseinkünfte sind – insbesondere bei engen finanziellen Verhältnissen bzw. bei einer Mankosituation wie im vorliegenden Verfahren – anzurechnen und können daher dem vom Kläger geltend gemachten höheren Bedarf entgegen gestellt werden. f) Da somit fest steht, dass die angeführten Behauptungen teilweise, d.h. die Auflösung des Konkubinats, die effektiven Einkommensverhältnisse des Klägers und die geltend gemachten Autokosten in einem Beweisverfahren zu überprüfen sind, erweist sich das Verfahren noch nicht als spruchreif. Der Entscheid der Vorinstanz ist somit aufzuheben und es ist den Parteien zu ermöglichen, für ihre strittigen Behauptungen abschliessend die Beweismittel zu bezeichnen. Die Berufungsinstanz kann das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwiesen (§ 270 ZPO). Dies rechtfertigt sich vor allem dann, wenn – wie hier - ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Das Verfahren ist daher zur Durchführung eines mit einer Beweisaufklageverfügung zu eröffnenden Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen." 3. a) Die Kammer ging mit Beschluss vom 1. Juli 2010 weiter davon aus, dass - auch dies für den

Fall des Nachweises der Auflösung des Konkubinats -

- 18 - frühestens ab Dezember 2009 im Bedarf des Klägers der volle bisherige Mietzins von Fr. 2'189.- zu berücksichtigen sei (Urk. 30 S. 13). Es wurde angenommen, dass für die bisherige Freundin des Klägers, die am 27. August 2009 einen neuen Mietvertrag unterzeichnet hat (Urk. 3/4), der mit dem Kläger gemeinsam unterzeichnete Mietvertrag – ohne auf die Problematik des gemeinsam unterzeichneten Mietvertrages näher einzugehen (vgl. dazu: Higi, Zürcher Kommentar, N 111 Vorbemerkungen zu Art. 252-274g OR) – bloss mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf jedes Monatsende kündbar sei (Urk. 8/8). Dem Kläger sei angesichts dieser Situation – wie von der Vorinstanz angenommen – allerdings eine Übergangsfrist zur Suche einer neuen Wohnung einzuräumen (vgl. Urk. 17 S. 8 f.). Dass ab Mai 2010 nurmehr ein "angemessener" Mietzins von Fr. 1'500.- zu berücksichtigen sei (Urk. 17 S. 9), blieb unbestritten. b) Das Kassationsgericht wies in seinem Entscheid jedoch darauf hin, dass keine der Parteien im vorliegenden Verfahren behauptet habe, dass die frühere Konkubinatspartnerin des Klägers diesem gegenüber den Mietvertrag betreffend die gemeinsame Wohnung am 27. August 2009 gekündigt habe. Mit dieser Annahme habe die Kammer – wie bereits erwähnt – die Verhandlungsmaxime verletzt. Die Behauptungen des Klägers hätten vielmehr gelautet, dass seine Partnerin ihm den "Auszug aus der Wohnung rechtzeitig angezeigt habe" (Urk. 35 S. 9). Die Behauptungen des Klägers zum Auszug der bisherigen Lebenspartnerin I. _____ aus der mit gemeinsam unterzeichnetem Mietvertrag gemieteten Wohnung (Urk. 8/8) lauten wie folgt: - "Wegen nicht überbrückbaren Differenzen wird das Konkubinats des Klägers nun aber per Ende September 2009 aufgehoben. Seine bisherige Lebenspartnerin, I. _____, bezieht im Oktober 2009 eine eigene Wohnung in F. _____" (Urk. 1 S. 2, Eingabe vom 29. September 2009). - "I. _____ hat die gemeinsame Wohnung in J. _____ nun Ende Sept. 2009 verlassen und das Konkubinats damit aufgelöst. Auch die Partnerschaft wurde beendet" (Urk. 7 S. 4 oben).

- 19 - - "Nach dem Auszug von I. _____ hat der Kläger aber die vollen Wohnkosten allein zu zahlen" (Urk. 7 S. 5 unten). - "Es ist offensichtlich, dass wenn sich die Partnerschaft aufgelöst hat, sich die Verhältnisse auf lange Sicht geändert haben" (Prot. I S. 8). - "Bei der Bedarfsberechnung wird vielmehr offensichtlich, dass auf Seiten des Appellanten das im Scheidungszeitpunkt bestehende Konkubinats berücksichtigt wurde. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass er bei Wegfall dieser Partnerschaft höhere Auslagen haben wird" (Urk. 24 S. 3). - "Dabei lässt die Appellantin ausser Acht, dass der Appellant bei Klageeinleitung ein Abmeldeformular der Ex-Partnerin aus der Wohngemeinde sowie einen Mietvertrag für eine neue Wohnung ab Okt. 2009 ins Recht gelegt hatte" (Urk. 24 S. 7). - "Im Kanton Zürich ist Ende Sept. ein ortsüblicher Kündigungstermin (Lachat/ Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, Zürich 2005 Kap. 26, N 2.6). Die ehemalige Partnerin des Appellanten hat diesem den Auszug aus der Wohnung auch rechtzeitig angezeigt und hat den neuen Mietvertrag bereits am 27. Aug. 2009 unterzeichnet. Damit war sie ohne Weiteres berechtigt, die Wohnung per 30. Sept. 2009 ohne Verpflichtungen zu verlassen" (Urk. 24 S. 7). - "Der Appellant hat jedenfalls vor Vorinstanz substantiiert dargelegt, dass er ab Okt. 2009 - nach dem Auszug seiner Ex-Partnerin - die Miet- und Lebenshaltungskosten allein zu tragen habe, die ihm in der Scheidung wegen der Hausgemeinschaft noch reduziert veranschlagt wurden" (Urk. 24 S. 8). Wie vom Kassationsgericht festgehalten, hat der Kläger mit der Berufungsantwort neu festgehalten, dass seine ehemalige Lebenspartnerin den Auszug aus der gemeinsamen Wohnung "rechtzeitig" angezeigt habe, weshalb sie nicht

mehr verpflichtet gewesen sei, sich nach dem 30. September 2009 noch an den Mietkosten zu beteiligen. Die Beklagte, die mit der Replik vorab nochmals geltend machte, dass im Zeitpunkt der Klageeinleitung (29. September 2009) noch keine veränderten Verhältnisse vorgelegen hätten (Urk. 27 S. 2 Ziff. 2), bestritt diese

- 20 - neue Behauptung (rechtzeitige Anzeige des Auszuges aus der gemeinsamen Wohnung) mit der Replik nicht (vgl. Urk. 27). Ob dies genügt, um auf einen Wegfall der Verpflichtungen der ehemaligen Lebenspartnerin per 1. Oktober 2009 schliessen zu können, kann einstweilen offen gelassen werden. Das Kassationsgericht hat sich hiezu nicht weiter geäußert. Die Frage ist erst nach der Beweisabnahme zur (bestrittenen) Auflösung des Konkubinats zu entscheiden. III. 1. Zufolge der Rückweisung sind für das Berufungsverfahren zwar Kosten festzusetzen, die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen sind jedoch dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Es besteht sodann kein Anlass, den Parteien die bisher gewährte unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen. 2. a) Mit der Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides – soweit dieser nicht in Rechtskraft erwachsen ist – ist auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufgehoben. Die Beklagte hat mit ihrer Berufungsbegründung auch die Höhe der Gerichtsgebühr und die Bemessung der Prozessentschädigung gerügt und geltend gemacht, dass die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'600.– zu reduzieren und auch die Prozessentschädigung entsprechend anzupassen sei (Urk. 22 S. 3 f.). Der Kläger hat sich hiezu nicht geäußert. b) Der von der Vorinstanz ermittelte Streitwert von Fr. 47'400.– (Urk. 17 S. 12) blieb unbestritten. Dieser ist indes nicht allein ausschlaggebend. Die Gerichtsgebühren in Abänderungsprozessen sind nach § 5 Abs. 1 der hier noch anzuwendenden GGebVO vom 4. April 2007 gemäss den Bestimmungen von § 4 Abs. 3 und 4 GGebVO festzusetzen. Danach ist entsprechend der Rechtsfolgeverweisung von § 5 Abs. 1 GGebVO grundsätzlich von einer Gerichtsgebühr von Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– auszugehen, wobei (ohne Beweisverfahren) eine Gebühr von rund Fr. 4'000.– als angemessen erscheint. Würde lediglich auf den Streitwert von Fr. 47'400.– abgestellt, so ergäbe sich im Übrigen eine Grundgebühr von Fr. 5'300.–, welche im Sinne von § 4 Abs. 2 GGebVO reduziert werden könnte, bei Unterhaltsforderungen bis auf die Hälfte, so dass bei dieser Betrachtung

- 21 - tungsweise (ohne Beweisverfahren) auch eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'600.– – wie beantragt – angemessen gewesen wäre. Mit Bezug auf die Prozessentschädigung wäre gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V. mit § 3 Abs. 5 AnwGebVO vom 21. Juni 2006 von einer (vollen) Grundgebühr von Fr. 3'000.– bis Fr. 4'500.– auszugehen gewesen. Ausgehend vom angeführten Streitwert hätte aber auch eine (volle) Grundgebühr von rund Fr. 6'800.– veranschlagt werden können, die gemäss § 3 Abs. 4 AnwGebVO bis auf Fr. 3'400.– hätte reduziert werden können. Angesichts der Kostenverteilung von 1/3 zu Lasten des Klägers und 2/3 zu Lasten der Beklagten hätte sich die entsprechend diesem Verhältnis auf ein Drittel (und nicht auf zwei Drittel, da die Beklagte auch zu einem Drittel obsiegt) festzusetzende Prozessentschädigung somit auf rund Fr. 1'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer belaufen. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.